ضوابط وحدود سلطة القاضي في التصدي للشروط التعسفية المدرجة في العقد الاستهلاكي.

The rules and limitations of the judge's authority to address the arbitrary conditions included in the consumer contract.

طالب دكتواره/ عبد السلام الهوى

كلية العلوم القانونية و السياسية، فاس ـ المغرب.

Abdessalam EL HAOUA

Faculty of Law, and Political Science, Fez Morocco .

elhaoua92@gmail.com

الملخص

إن عجز القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني عن توفير الحماية اللازمة لحماية المستهلك، و الضمانات القانونية الكافية لتدخل القضاء قصد مراقبة و إلغاء الشروط التعسفية المدرجة من طرف المهنيين في العقود الاستهلاكية، دفع بالمشرع المغربي إلى سن قانون جديد لحماية المستهلك القانون ٣١.٠٨ سمح من خلاله للقضاء المغربي بالتدخل لمراقبة مدى تعسفية الشروط المدرجة في العقد الاستهلاكي محل النزاع المعروض عليه والتصدي لها.

و نظرا لخطورة الشروط التعسفية على مصالح المستهلك، فإن المشرع المغربي خصها بتأطير قانوني محكم، حيث افرد القسم الثالث بأكمله من القانون ٣١.٠٨ عنونه ب " حماية المستهلك من الشروط التعسفية". و منح للقاضي سلطة تقديرية مهمة من أجل تقدير الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقد الاستهلاكي، لكنه أحاطها بمجموعة من الضوابط القانونية التي يجب أن يضعها القاضي نصب عينيه عند فصله في مثل هذه النزاعات. و حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نقف عند ضوابط وحدود سلطة القاضي التقديرية في التصدي للشروط التعسفية المدرجة في العقد الاستهلاكي، وكل ذلك من خلال التوقف عند أحدث الاجتهادات القضائية و تحليلها لمعرفة مدى كفايتها في حماية المستهلك. هذا مع الانفتاح على الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية المغربية و المقارنة. و ندعوا القضاء إلى الأخذ بها لتحقيق التوازن العقدي.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، الشروط التعسفية، السلطة التقديرية، العقد الاستهلاكي

Abstract

The inability of the general rules of the Civil Code to provide the necessary protection for the consumer, and sufficient legal guarantees for judicial intervention in order to control and eliminate the arbitrary conditions included by professionals in consumer contracts, prompted the Moroccan legislator to enact a new consumer protection law law31.08, which allowed the Moroccan judiciary to intervene to monitor the arbitrary extent of the conditions in the consumer contract in question.given the seriousness of the arbitrary conditions on the consumer's interests, the Moroccan legislator granted it a strict legal framing through the entire third section of law 31.08 that was entitled to "protect the consumer from arbitrary conditions". Besides, the legislator gave the judge broad and important discretionary power in order to assess the arbitrary nature of the conditions included in the consumer contract, however, he surrounded them with a set of legal controls that the judge must consider when dismissing such disputes.Through this

study, we have tried to stand by the controls and limits of the judge's discretion in addressing the arbitrary conditions included in the consumer contract, all by stopping at the latest jurisprudence and analyzing it in terms of its adequacy in consumer protection; With a considerable openness to Moroccan jurisprudence and doctrinal studies, and we urge our judicial system to consider this study to reach a contract equilibrium.

Keywoerds: Consumer protection, arbitrary conditions, discretion, consumer contract.

المقدمة:

الأصل في إبرام العقود أنها تتم على أساس توازن المصالح المتبادلة بين أطرافها، في ظل احترام مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، الأمر الذي يقتضي عدم المساس ببنود العقد باعتباره شريعة المتعاقدين طبقا للفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ و أمام صلابة هذا المبدأ الذي عمر طويلا، لم يكن للقضاء المغربي الفرصة للتدخل في العقد لتعديل بنوده تحقيقا للعدالة التعاقدية إلا نسبيا[١].

غير أنه إذا كان هذا الأمر مقبولا شيئا ما في ظل تكافؤ أطراف العلاقة التعاقدية، فإن التحولات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفها المجتمع المغربي كان

[١] بخلاف القضاء الفرنسي الذي يرجع له الفضل الكبير في التصدي للشروط التعسفية منذ زمن ليس باليسير حيث بدأت محكمة النقض الفرنسية تعترف منذ بداية التسعينيات من القرن الماضي، تدريجيا بتدخل القاضي في التصدي للشروط التعسفية حيث جاء في احد قراراتها " حيث أن الحكم المطعون فيه الذي حدد الشرط المدرج في نشرة الإيداع يعفي المختبر من كل مسؤولية في حالة ضياع الصورة الشفافة، والذي يبين أن مثل هذا الشرط يؤمن منفعة جمة لشركة Minit France وأن هذه الأخيرة بسبب موقعها الاقتصادي، وجدت نفسها قادرة على فرض ذلك على زبنائها، قد قرر عن حق أن هذا الشرط يكتسي طابعا تعسفيا ووجب اعتباره غير مكتوب
Voir l'arret de la Cour de cassation, chambre civile 1, Audience public du 14 mai 1991, N de pourvoi 89 . 20999, publié au bulletin. https://www.courdecassation.fr

لها بالغ الأثر على تطور نظرية العقد، ويظهر ذلك بشكل جلي على مستوى العقد الاستهلاكي الذي يتميز عن غيره من العقود بوجود اختلال كبير بين أطرافه[٢].

وتعد العقود الاستهلاكية عموما المجال الخصب لانتشار الشروط التعسفية ويساعد على ذلك الطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تأتي في الغالب على شكل عقود نموذجية يحررها المهني مسبقا ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تكون في الغالب تعسفية ويذعن لها المستهلك دون تغيير[٣] بالنظر إلى ضعف موقعه الاقتصادي وقلة درايته الفنية والقانونية التي لا تمكنه من مناقشة شروط العقد التي صاغها المهني، بل لا تخوله حتى إمكانية تقدير آثار تلك الشروط على مركزه المالي، مما يفرض على الوضع قبول العقد جملة أو رفضه جملة، بل في أحيان أخرى لا يملك حتى حق الرفض، متى كان العقد يتعلق بمنتوج أو خدمة حيوية لا غنى للمستهلك عنها[٤]. لذا أصبح من اللازم تمتيع القاضي بسلطة كاملة، لتحقيق التوازن بين الأداءات، وذلك بسبب تراجع مبدأ سلطان الإرادة تحت مطارق النزاعات الإجتماعية[٥].

ومن ثم فإن عجز القواعد العامة عن توفير الضمانات القانونية الكافية لتدخل القضاء قصد مراقبة وإلغاء الشروط التعسفية، فسح المجال أمام المهني للانفراد بتحديد بنود العقد وذلك بتضمينه بنودا تعسفية تراعي مصالحه فقط دون مراعاة لمصالح المستهلك ، مما دفع بالمشرع المغربي إلى إعادة النظر في القواعد والقوانين

---

[٢] Les contrats de consommation, quand et-il pormis de changer des régles du jeu ?, rapport publié par union des comunateurs, p 10, Site :uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_cons/motif_contrat_cons.pdf.

[٣]- Mohamed LACHACHI, l'équilibre du contrat de consommation- étude "comparative -, mémoire pour l'obtention du diplôme de master, université D'OHRAN, année universitaire 2012-2013, p 9.

[٤] ـ حسن الوزاني التهامي، "دور القضاء التجاري في حماية المستهلك"، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد، عدد ٨، السنة ٢٠٠٩، ص ١٦٣.

[٥] ـ محمد شتا أبو سعد، "التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية"، (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١)، ص ٢١٥.

المشبعة بمبدأ سلطان الإرادة وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية وتحقيق نوع من التوازن بين مصالح أطرافها.

وهو ما تم بالفعل، حيث عمد المشرع إلى سن قانون جديد يعنى بتنظيم العقود الاستهلاكية[٦] ، وهو القانون رقم ٣١.٠٨ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك[٧]، الذي أتى بمقتضيات قانونية ذات أهمية كبرى تحمل في طياتها مجموعة من المستجدات تهدف أساسا إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية من الشروط التعسفية.

غير أن تفعيل هذه المقتضيات رهين بمدى قيام القضاء بدور ايجابي في تسوية نزاع الاستهلاك، وعدم الاقتصار على مجرد الصلاحيات التقليدية التي كان يقوم بها سابقا و المتمثلة في تحقيق الشرعية القانونية من خلال ايصال الحقوق وتصفية النزاعات، بل إن القضاء المغربي أصبح مطالبا اليوم أكثر من أي وقت مضى بالقيام بأدوار جديدة في تدبير نزاعات الاستهلاك، ولا سيما تلك المتعلقة بالشروط التعسفية.

ومن أجل هذا، عمل المشرع المغربي عند سنه لقانون ٣١.٠٨ المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على وضع مقتضيات قانونية في غاية الأهمية، لاسيما تلك التي منح بموجبها للقضاء سلطات تقديرية مهمة تمكنه من التدخل في عقود الاستهلاك للتصدي للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك[٨] تحقيقا للتوازن

---

[٦] ـ عقد الإستهلاك هو العقد الذي يكون أحد طرفيه مهنيا و الطرف الأخر غير مهني " مستهلك"، يقتني بموجبه هذا الأخير أو يستأجر أو يستعير سلعا أو أشياء أو منافع أو خدمات بغرض تلبية حاجيات استهلاكية " غير مهنية". د.عبد الحميد أخريف، "الدليل القانوني للمستهلك ـ عقود الاستهلاك "ـ ، (مطبعة أميمة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦)، ص ١٢٩.

[٧]- ظهير شريف رقم ١.١١.٠٣ صادر في ١٤ من ربيع الأول ١٤٣٢ (١٨ فبراير ٢٠١١)، بتنفيذ القانون رقم الرسمية عدد ٥٩٣١ ـ (٧ أبريل ٢٠١١)، ص ١٠٧٢.

[٨] بالعودة إلى مقتضيات القانون ٣١.٠٨، نجد أن المشرع المغربي تدخل في مواضع مهمة لمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة بموجب القسم الثالث المتعلق بالشروط التعسفية ، وذلك من خلال سنه لنصوص قانونية مرنة

العقدي، وتكريسا لمزيد من الحماية للمستهلك الذي يكون طرفا ضعيفا فيها، انطلاقا من النص القانوني وإعمالا لسلطته التقديرية الممنوحة له بموجب مقتضيات قانون حماية المستهلك المذكور.

أولا: مشكلة الدراسة

انطلاقا مما سبق ذكره، يمكن تلخيص الاشكالية المحورية للموضوع فما يلي :

إلى أي مدى مكنت السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء من أجل التصدي للشروط التعسفية، وفق الضوابط والحدود المقررة في القانون رقم ٣١.٠٨ من إعادة التوازن العقدي وحماية المستهلك والتخفيف من حدة نزاعات الإستهلاك؟

ثانيا: نطاق الدراسة.

جدير بالذكر أن السلطة التقديرية للقاضي في منازعات الاستهلاك[٩] تتسم بكونها ذات معنى واسع، يستمدها القاضي من نص القانون رقم ٣١.٠٨، على اعتبار أن تطبيق النص القانوني ليس مجرد عمل آلي يتم تطبيقه بشكل تلقائي وحرفي، خاصة إذا كان القانوني الواجب التطبيق لا يتضمن حلولا واضحة وحاسمة للنزاع الاستهلاكي المعروض أمام القاضي.

من هذا المنطلق، فإننا سنحاول في هذا المقال الوقوف على تجليات السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في نزاعات الاستهلاك، مع توضيح ضوابط هذه السلطة

استخدم فيها عبارات (يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط ...، مع تقدير المحاكم...)، وهي عبارات تدل بشكل واضح على السلطة المخولة للقاضي في تقدير الشروط التعسفية، غير أن هذه السلطة تضيق وتتسع بحسب كل نزاع على حدة، وبحسب القيود والضوابط التي تحدد مداها.

[٩] يمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي في منازعات الاستهلاك، بكونها "تلك القدرة أو الصلاحية الممنوحة للقاضي المختص للنظر في نزاعات الاستهلاك، بمقتضى القانون ٣١.٠٨ صراحة أو ضمنا، من أجل اختيار الحل الأنسب للنزاع والأقرب للعدالة

التقديرية وتبيان حدودها كلما تطلب الأمر ذلك، علاوة على إبراز دورها في تحقيق التوازن العقدي وحماية المستهلك والحد من نزاعات الاستهلاك، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المؤطرة لهذه السلطة التقديرية، معززين ذلك بالاجتهادات القضائية الصادرة في هذا المجال، والتفسيرات الفقهية المرتبطة بالموضوع.

ثالثا: المقاربة المنهجية لموضوع الدراسة

إن مقاربة هذا الموضوع وفق الإشكالية المطروحة، تقتضي منا بالضرورة اعتماد المنهج الوصفي لإبراز تجليات السلطة التقديرية المخولة للقاضي بمناسبة بته في المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية التي تنشأ بين المستهلك و المورد.

كما سنعمد إلى توظيف المنهجين التحليلي والمقارن، لتحليل النصوص القانونية المؤطرة لضوابط وحدود سلطة القاضي التي يجب عليه الالتزام بها عند تقديره للشروط التعسفية و التصدي لها، من أجل إعادة التوازن للعقود الاستهلاكية، وحماية الطرف الضعيف فيها. مع تعزيز هذه الدراسة بأحدث الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الموضوع سواء في المغرب أو في فرنسا.

رابعا: خطـــــــة البـــــحـث:

لتحليل الإشكالية المطروحة و محاولة الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه قدر الإمكان، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة الى مبحثين: حيث سنعالج في المبحث الأول " سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعسفية المدرجة في العقد الاستهلاكي"؛ على أن نتطرق في المحث الثاني إلى " حدود سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك".

I.المبحث الأول:

سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقد الاستهلاكي

نظرا لخطورة الشروط التعسفية على مصالح المستهلك، فإن المشرع المغربي خصها بتأطير قانوني محكم وملفت للنظر في نفس الوقت، حيث أفرد لها القسم الثالث بأكمله من القانون ٣١.٠٨ الذي عنونه ب"*حماية المستهلك من الشروط التعسفية*"[١٠].

وبقراءتنا لمقتضيات هذا القسم يتضح جليا أن المشرع المغربي اتجه نحو الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقد الاستهلاكي، على ضوء مجموعة من الضوابط القانونية التي يمكن أن يسترشد بها في مهمته هاته (المطلب الأول)، كما أن المشرع المغربي قد عزز سلطة القاضي بمنحه أيضا سلطة توقيع الجزاء المناسب على الشرو ط التعسفية المدرجة في العقود الاستهلاكية، وذلك طبقا لما يقضي به القانون وحسب كل قضية على حدة (المطلب الثاني).

[١٠] بالرجوع إلى القسم الثالث من القانون المذكور"٣١.٠٨"، نجد أن المشرع المغربي أتى بمستجدات مهمة ـ تفوق أهميتها أحيانا تلك المقتضيات المنصوص عليها في ق ل ع ـ تمكن القاضي من استعمال سلطة تقديرية إضافية ونوعية، كما تسمح له بالتدخل بشكل إيجابي في مواجهة الشروط التعسفية، من أجل إعادة التوازن العقدي وحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا.

I.أ. المطلب الأول:

الضوابط القانونية الملزمة للقاضي بمناسبة تقديره الطابع التعسفي لبنود العقد الاستهلاكي.

لقد وضع المشرع المغربي من خلال المادتين ١٥ و١٦ بعض الضوابط التي يستند إليها القاضي عند تقييمه وتقديره للشروط التعسفية، ويمكننا أن نجمل هذه الضوابط كالآتي:

I.أ. ١ الفرع الاول:

الاختلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب المستهلك

يتعين على القاضي وهو بصدد تقديره خاصية التعسف في شروط العقد الاستهلاكي أن يضع نصب عينيه معيار أو ضابط التوازن في الأداءات بين المهني والمستهلك. وهكذا فكلما تبين القاضي أثناء تفحصه لشروط العقد الاستهلاكي أن الغرض منها أو يترتب عليها اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك، فإنه يكون أمام شرط تعسفي[١١] يجب عليه التصدي له واستبعاده.

في هذا الصدد يرى أحد الفقهاء[١٢] ـ عن حق ـ أن المنطق القانوني يقتضي أن يكون هناك نوع من التوازن في الأداءات، لذا لا يمكن القبول بشروط تخول المهني كل المزايا والامتيازات وتثقل كاهل المستهلك بالالتزامات دون مقابل؛ أي أن تقدير الطابع التعسفي لشروط العقد يجب أن يتم في شموليته بالنظر إلى الاقتصاد الكلي

---

[١١]- لقد عرف المشرع المغربي في الفقرة الأولى من القانون رقم ٣١.٠٨، الشرط التعسفي بكونه: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين الموارد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك...". ويلاحظ من هذا التعريف أن المشرع جعل من وجود الاختلال الكبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك، ضابطا واضحا أمام القضاء يهتدي به عند تقديره مدى تعسفية الشروط المدرجة في العقد، ولعل الغاية من وضع هذا الضابط هو تفادي غلو القضاء في استعمال سلطته التقديرية في تكييف الشرط التعسفي بشكل يمس باستقرار المعاملات.

[١٢]- د . أحمد كويسي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان"، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي العدد٢، السنة ٢٠٠٩، ص: ٢١.

العقد الاستهلاكي، بحيث يقدر التعسف من عدمه بحسب ما إذا كان المستهلك قد توصل بمقابل حقيقي أم لا.

وتجدر الإشارة إلى أن الصياغة التي جاءت بها المادة ١٥ تترك المجال واسعا للقاضي لاستعمال سلطته التقديرية، حيث يجب عليه أن يحدد طبيعة الشروط المتنازع بشأنها من خلال تقديره مدى توازن العقد في مجموعه، وفي هذا الإطار فإنه لا ينبغي أن يكتفي بالقيام بتقدير كمي محض من خلال الموازنة بين حقوق وواجبات الأطراف لتحديد مدى الاختلال في التوازن داخل العقد، بل يجب أيضا أن يقوم بتقدير نوعي من أجل البحث عما إذا كانت الفائدة أو المزية التي يجنيها المورد من الشرط أو الشروط المدرجة في العقد خالية من أي مقابل لفائدة المستهلك، بحيث يحصل اختلال في التوازن على حساب هذا الأخير. ومع ذلك فإن الاختلال يجب أن يكون كبيرا، أما الاختلال البسيط فإنه يمكن القبول به ولا يؤخذ به ويعتبر الشرط صحيحا[١٣]. لذا يجب فهم مصطلح "الاختلال الكبير" كإساءة استعمال الحق أو كاختلال في الأداءات التعاقدية، مع مراعاة الاقتصاد الكلي في العقد[١٤].

وبالموازاة مع ذلك، نجد المشرع المغربي قد وضع أيضا أمام القضاء بمقتضى المادة ١٨ من القانون رقم ٣١.٠٨، لائحة تضم مجموعة من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة ١٥.

---

[١٣]- د. أبو بكر مهم، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، *مقال منشور بمجلة القضاء والقانون*، العدد ١٦١ (٢٠١٢)، ص: ١٤٥.

[14]-Alexandre schiff, "les pouvoirs du juge de consommation", mémoire d'obtenir diplôme master en consommation- concurrence, université Montpellier 1, année universitaire 2013-2014 , p 42 .

إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة ١٨[١٥]، يتضح لنا جليا أن الشروط الواردة في هذه المادة لا تعتبر تعسفية في حد ذاتها[١٦] وما يدل على هذا، أن المشرع استعمل أداة الشرط (إذا) حيث جاء في المادة ١٨ على أنه "*تعتبر الشروط تعسفية إذا* ...". وهو ما يمكن معه القول، أنه لاعتبار تلك الشروط تعسفية لا بد من قياسها على الضابط الوارد في المادة ١٥، وهو ضرورة أن يكون الغرض منها أو يترتب عليها اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد إضرارا بالمستهلك، مما يتيح للقاضي إمكانية التصريح بأن الشرط المتنازع عليه، على الرغم من وروده في هذه القائمة لا يكتسي طابعا تعسفيا، إذا اتضح له غياب الاختلال الكبير بين حقوق والتزامات الطرفين، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع جعل لائحة الشروط السبعة عشر (١٧) المنصوص عليها في المادة ١٨ على سبيل المثال لا الحصر، علاوة على ذلك أعطى للقاضي امكانية البحث في النصوص التشريعية الخاصة، كما منحه سلطة لتقدير مدى توفر الطابع التعسفي في شرط من شروط العقد الاستهلاكي، واعتباره كذلك كلما توفر فيه شرط الاختلال المنصوص عليه في المادة ١٥، ولو لم يكن واردا في اللائحة الواردة في المادة ١٨.

وهو ما يعتمده القضاء في الحكم بإبطال الشرط التعسفي متى تبين له أنه يحدث اختلالا في توازن العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وفي هذا الصدد نستدل بما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ذهبت فيه إلى" أن اشتراط أتعاب المحامي في عقد القرض يعتبر إذن من الشروط التعسفية مادامت

---

[١٥] ويلاحظ أن المشرع استعمل في هذه المادة عبارة (ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي)، وهذه الصياغة معيبة، بل كان من الأجدر أن يستعمل عبارة (ويتعلق الأمر بما يلي:).

[١٦]- ذهب الأستاذ عبد المهيمن حمزة، في أطروحته (النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن، أطروحة دكتوراه، نوقشت بكلية الحقوق، بجامعة عبد المالك السعدي، طنجة، سنة ٢٠١٢/٢٠١٣، ص ٤٠٩). إلى القول بأن القاضي أثناء تقدير الشروط التعسفية مقيد باللائحة التي تكتسي الطابع التعسفي بحكم القانون، وذلك لأن المشرع في نظره حسم في الطبيعة التعسفية لكل الشروط التي أوردها في المادة ١٨ من قانون ٣١.٠٨، إلا أننا نخالفه الرأي في هذه النقطة نظرا للاعتبارات التي سقناها أعلاه.

هذه الأتعاب لا تندرج ضمن توابع القرض ولا تدخل في مكوناته مما يترتب عنه رفض طلب استرجاعها."[١٧]

وفي هذا السياق أيضا ذهبت المحكمة التجارية بمراكش في حكم[١٨] صادر عنها بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩ الذي جاء فيه " وحيث إنه بخصوص طلب استرجاع ما تم دفعه كتسبيق لثمن البيع فإن المدعى عليها فرعيا تتمسك بالشرط الوارد بالعقد الإضافي والذي ينص على أن التسبيق لا يسترجع إلا بعد بيع الفيلا و قبض الثمن من مشتري جديد لكن هذا الشرط يتعارض ومقتضيات الفصل ١٢١ قانون الالتزمات و العقود الذي ينص على أن" الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الإلتزام و إنما يلزم الدائن برد ما أخذه إذا ما تحقق الأمر المنصوص عليه في الشرط..."، كما أنه شرط تعسفي طبقا للمادة ١٥ من القانون ٣١.٠٨ المتعلق بتدابير حماية المستهلك والذي يعتبر كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك شرطا تعسفيا، وفي نازلة الحال فإن هذا **الشرط من شأنه أن يرتب اختلالا كبيرا بين حقوق ووجبات طرفي العقد** لأنه لا يعقل أن يسترجع البائع الشيء المبيع حالا و ينتظر المشتري، الذي يعتبر مستهلكا بمفهوم المادة ٢ من القانون المذكور".

فهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن تلك اللائحة غير ملزمة للقاضي، ومع ذلك تعد تلك الشروط قرينة بسيطة على أنها تعسفية إذا وقع نزاع بشأنها بين المستهلك والمورد، وفي هذا الحالة فإن المشرع ألزم المهني في الفقرة الأخيرة من المادة ١٨ بالإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع.

---

[١٧]- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم ٢٠١٣/٥٧٢٦، ملف رقم ٨/٢٠١٣/١٢٦٣، صادر بتاريخ ٢٠١٣/٢٤،١٢.(غير منشور)

[١٨]- حكم المحكمة التجارية بمراكش، ملف رقم ٢٠١٢/٤/٣١٣٣، صادر بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩. (غير منشور).

وفي هذا الصدد أيضا نستدل بحكم أخر في غاية الأهمية صدر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١ والذي اعتبرت فيه أن رفع المهني (البنك) من سعر الفائدة بإرادة ، منفردة دون موافقة المقترض أو إخباره، يعد شرطا تعسفيا؛ و هكذا جاء فيه " لكن حيث إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المستفادة من الفصل ٢٣٠ قانون الالتزمات و العقود ليست مطلقة و أن القانون يقيدها في العديد من الحالات. و أنه من الثابت في نازلة الحال أن عقد القرض بين الطرفين يعتبر عقدا استهلاكيا. **و لما كان قانون حماية المستهلك يلغي كل الشروط التعسفية التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي أو استغلال حاجة و ضعف المستهلك فإن المحكمة ارتأت بأن الشرط المتفق عليه بين الطرفين و الذي يسمح للمدعى عليها بأن تعدل من سعر الفائدة وقت ما شاءت و دون الحاجة إلى موافقة المقترض أو إخباره يعتبر شرطا تعسفيا وجب إلغاؤه استنادا إلى المادة ١٥ و كذا البند ١١ من المادة ١٨ من القانون رقم ٣١-٠٨ ...** و أن المدعى عليها في نازلة الحال هي الملزمة بإثبات أن الشرط المذكور لا يتسم بالتعسفية طبقا للمادة ١٨ من نفس القانون التي نصت على أنه " في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا ، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع"[19].

أما على المستوى الاجتهاد القضائي المقارن، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بباريس في قرار لها[٢٠] "إلى أن شرط الاختصاص المنصوص عليه في المادة الخامسة من شروط العقد، الذي يلزم المشترك مع شركة فيسبوك في حالة النزاع معها، أنه سيتم اللجوء إلى محكمة خاصة وبعيدة وهي محاكم كاليفورنيا، الأمر الذي قد يكلف المشترك تكاليف باهظة لا تتناسب مع الأهمية الاقتصادية للعقد المبرم من

[19] ـ حكم المحكمة التجارية بفاس، رقم ١٦٧٨، ملف ٢٠١٤/٥/٢٤٥، بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١، غير منشور

[20] Cour d'ppel de paris pole 2 , chambre 2 , arrêt du 12/2/2016, n : 12/12401, publié sur site web : https://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do, consulté le 22-03-2017

أجل تلبية حاجياته الشخصية أو العائلية، فضلا عن الصعوبات العملية التي من شأنها أن تحول دون ممارسة المستهلك للدعاوى المتعلقة بالعقد، و حرمانه من أي طعن ضد شركة فيسبوك،

وعلى العكس من ذلك فإن وكالة هذه الأخيرة في فرنسا لها من الموارد المالية والبشرية التي تسمح لها بضمان تمثيلها والدفاع عنها أمام المحاكم الفرنسية بسهولة تامة .وعليه فإن شرط الاختصاص لصالح محاكم كاليفورنيا المتضمن في العقد **يحدث اختلالا كبيرا بين حقوق و التزامات طرفي العقد على حساب غير المهني أو المستهلك** مما يشكل عقبة خطيرة أمام المشترك في ممارسته للدعوى القضائية".

I. أ .٢ الفرع الثانـي:

ضرورة مراعاة قواعد تأويل العقود المنظمة في ق ل ع م

يراد بالتأويل تلك العملية الفنية التي يقوم بها القاضي عندما يحال عليه نزاع استهلاكي حول شرط أو عدة شروط تعاقدية، وذلك بغية تفسير مضامين العقد والوقوف على الإرادة الحقيقة لأطرافه.

بالرجوع إلى المادة ١٦ من ق ٣١.٠٨ نجدها تنص على أنه (دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من ٤٦١ إلى ٤٧٣ من ظهير الالتزمات والعقود يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط...). وهذا يعني أن القاضي عندما يكون بصدد تقدير مدى تعسفية شروط العقد وخاصة تلك الغامضة، أن يضع في اعتباره قواعد التأويل الواردة في الفصول ٤٦١ إلى ٤٧٣[٢١] من ق ل

[٢١]- إن تنبيه المشرع للقاضي بضرورة مراعاة قواعد التأويل المنصوص عليها في ق ل ع، ليس فيه - في نظرنا - أي إضعاف للحماية المقررة للمستهلك، كما أن ليس فيه أي عرقلة لعمل القاضي بصدد تقديره للشروط التعسفية، بل إن تلك القواعد تساعد القاضي أكثر في مهمته هاته، كما توفر حماية إضافية للمستهلك، هذا مع تحفظنا على القاعدة المنصوص عليها في الفصل ٤٧٣ ق ل ع.

ع، ولاسيما البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وفهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

إن عقود الاستهلاك تحكمها من حيث المبدأ نفس قواعد تأويل العقود الأخرى[٢٢]؛ بيد أن القاعدة المنصوص عليها في الفصل ٤٧٣ من قانون الالتزامات و العقود المغربي التي تقضي بأنه "عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم" أصبحت لا تتماشى مع الفلسفة الحمائية التي جاء بها ق ح م، لذا كان على المشرع أن يستثنيها من قواعد التأويل المتعلقة بالعقود الاستهلاكية، والاكتفاء بمقتضيات المادة ٩ من ق ٣١.٠٨ التي تقضي بأنه في حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك سواء كان مدينا أو دائنا.

I.أ . ٣ الفرع الثالث

مراعاة الظروف المحيطة بالعقد وقت إبرامه

بالرجوع إلى نص المادة ١٦ من قانون رقم ٣١.٠٨ نجدها تنص على أنه "يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه..."، وبهذا يكون المشرع قد وضع أمام القاضي ضابطا مهما ينور بصيرته عند تقديره الطابع التعسفي من عدمه للشروط الواردة في العقد الاستهلاكي المتنازع عليه، بحيث يجب على القاضي أثناء قيامه بهذه الصلاحية مراعاة جميع الظروف والملابسات المحيطة بإبرامه[٢٣].

(22) Benoit MOORE, "a la recherche d'une régle général régissant les clauses abusives en droit québécois" ,l'article de la revue juridique thémis/volume 28, n'1 , éditions thémis inc, p 24 .

(23) - Mohamed LACHACHI, "l'équilibre du contrat de consommation", op.cit, p 94.

في هذا الصدد يرى بعض الفقه[٢٤] أن تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يجب أن يكون في وقت إبرام العقد، وبالتالي فإنه لا يجب الانتظار حتى ينتج الشرط التعسفي آثاره أثناء تنفيذ العقد حتى يمكن المنازعة فيه، مما يظهر بوضوح الطابع الوقائي لهذه الحماية.

وبذلك فإن سلطة القاضي في إبطال الشروط التعسفية لا تنحصر فقط في مرحلة تنفيذ العقد وإنما يمكن أن تشمل مرحلة تكوين العقد، فالعلة من تدخل القاضي هي ابطال الشرط التعسفي بغض النظر عن زمن اثارته، وعلى هذا الأساس تعتبر تعسفية حسب المادة ١٦ من ق ح م، الشروط التي تحقق اختلالا كبيرا في التوازن بغض النظر عما إذا كان هذا الاختلال قد ظهر أثناء تنفيذ العقد أم لا.

I.أ.٤ الفرع الرابع:

الرجوع إلى جميع الشروط الواردة في العقد أو في عقد آخر في حالة الترابط القانوني بين العقدين[٢٥]

بداية نشير إلى أن العبرة في تحديد مفهوم الشرط التعسفي ليس مجرد عدم التوازن الظاهر في الحقوق و الالتزامات، بل عدم التوازن الناتج عن تعسف أحد طرفي العقد في استعمال حقه التعاقدي نتيجة تفوقه على الطرف الآخر[٢٦]

---

[٢٤]- أبو بكر مهم، مصدر سبق ذكره، ص ١٤٦.

[٢٥] - تنص المادة ١٦ على أنه (... يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع... وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقدة ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضها ببعض من الوجهة القانونية).

[٢٦] - رباحي أحمد ، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن "، *مقال منشور بمجلة اقتصاديات شمال إفريقيا* ، عدد ٥ ، دون ذكر السنة، ص ٣٤٨.

وهكذا يتعين على القاضي عندما يكون بصدد تقدير خاصية التعسف في شرط من شروط العقد، أن يرجع إلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد الاستهلاكي، وذلك لأن هذا الأخير يشكل كلا لا يتجزأ، فشروطه كاملة يوضح بعضها بعضا. ومعرفة الطابع التعسفي لأحد الشروط يجب أن تتم في ضوء فهم باقي الشروط كما يؤكد ذلك نص الفصل ٤٦٤ من الالتزامات و العقود المغربي[٢٧]؛ على اعتبار أن القيام بمقارنة مختلف الشروط التعاقدية هو الذي يمكننا من اكتشاف ما إذا كان هناك اختلال في التوازن بترجيح كفة المورد أو العكس من ذلك، أي وجود مقابل حقيقي توصل به المستهلك؛ بل إن المادة ١٦ أعطت للقاضي إمكانية تقدير مدى تعسفية شرط عقدي بالنظر أيضا إلى الشروط الواردة في عقد آخر، بشرط أن يكون هذان العقدان مرتبطان بينهما، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لعقد القرض المخصص حيث نص المشرع على وجود ارتباط بين عقد القرض والعقد الأصلي[٢٨]، بحيث إن الشرط قد يبدو لأول مرة عند الاطلاع عليه أنه تعسفي يمنح للمهني ميزة مفرطة، ولكن عند الاطلاع على جميع البنود المقابلة المدرجة في نفس العقد أو في عقد آخر مرتبط به يتضح أن المستهلك قد أخذ مقابلا لذلك، بحيث تصبح الالتزامات وحقوق الأطراف متوازنة وتنتفي بذلك الصفة التعسفية عن الشرط. لذا يجب على القاضي عند تقديره للطابع التعسفي النظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون تكوين هذين العقدين أو تنفيذهما مترابطا[٢٩].

---

[٢٧]- عبد المهيمن حمزة، في أطروحته، مصدر سبق ذكره، ص ٤٠٣.

[٢٨]- أبو بكر مهم، "حماية المستهلك في الشروط التعسفية"، قراءة في المواد ١٥ إلى ٢٠ من ق ٣١.٠٨، مصدر سبق ذكره ، ص ١٤٧.

[29] Nathalie douche-doyette, "la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de la consommation", thèses pour obtenir doctorat, université do lorraine 2012/2013, p 176.

I.ب. المطلب الثاني:

ضوابط سلطة القاضي التقديرية في توقيع الجزاء المناسب على الشروط التعسفية

إن القاضي عندما يكون بصدد البت في الدعاوى المرفوعة إليه ـ سواء من قبل المستهلكين أو من جمعيات حماية المستهلك[٣٠] التي خولها المشرع إمكانية رفع دعاوى قضائية للدفاع عن مصالح المستهلكين ـ يملك سلطة توقيع الجزاء المناسب على الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، وذلك طبقا القانون رقم ٣١.٠٨

حيث يتضح من خلال قراءتنا للمادة ١٩[٣١] من قانون ٣١.٠٨ أن المشرع المغربي أعطى للقاضي سلطة مباشرة ومهمة في تقرير الجزاء[٣٢] المناسب للشرط التعسفي المدرج في العقد الاستهلاكي من قبل المهني، متوخيا من ذلك تمكين القضاء من إعادة نوع من التوازن للعقد الذي شابته بعض الشروط التعسفية، والوقوف بجانب المستهلك بالقدر الذي يحقق العدالة التعاقدية المرجوة.

بيد أن سلطة القاضي تجاه هذا الجزاء يجب أن تكون وفق الضوابط المقررة في المادة ١٩ المذكورة ، والتي يجب ألا تخرج عن الحكم بأحد الجزاءين إما

---

(٣٠)- تنص المادة ١٦٢ من نفس القانون على (يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة ١٥٧، أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك...".

(٣١)- تنص المادة ١٩ على أنه "يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك.
تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور".

(٣٢)- يمكن للقضاء أن يمارس سلطته في تقرير الجزاء المناسب، إما بمناسبة نظر القاضي في الدعوى التي قد يرفعها المهني عند مطالبته المستهلك قضاء بأداء الثمن، أو من طرف المستهلك في حالته مطالبته بإلزام المهني بتسليم الشيء المبيع أو أداء الخدمة، وبهذه المناسبة يفسح المجال أمام المستهلك أو للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك للمطالبة باستبعاد هذه الشروط التي تتنافى ومصالحه وما على القاضي إلا أن يقرر الجزاء الملائم بعد أن يكون قد قدر مدى أهمية الشروط التعسفي بالنسبة للعقد.

ببطلان الشرط التعسفي وحده (الفرع الأول)، أو بطلان العقد برمته إذا تعذر بقاؤه قائما دون الشرط الملغى (الفرع الثاني).

I.ب. ١ الفرع الأول:

الحكم ببطلان الشرط التعسفي مع إبقاء العقد الاستهلاكي قائما

إيمانا من المشرع المغربي بضرورة توفير الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية، فقد قرر في المادة ١٩ من القانون رقم ٣١.٠٨ بطلان وإلغاء كل شرط تعسفي ورد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك.

وعلى الرغم من وضوح مقتضيات هذه المادة فإن المهتمين والباحثين اختلفوا حول ما إذا كان البطلان المقرر في المادة ١٩ بطلانا مطلقا أم بطلانا نسبيا، لكننا نرى أنه من غير المجدي الخوض في هذا النقاش ما دام أن المشرع كان واضحا في تصوره، بل الأكثر من هذا أن المشرع حسم في هذا الأمر و جعل جميع أحكام القسم الثالث- المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية من النظام العام.[٣٣]

في هذا الصدد فإننا نضم رأينا إلى رأي الأستاذ عبد القادر العرعاري[٣٤] بالقول إنه مادامت مقتضيات المادة ١٩ من القانون رقم ٣١.٠٨ من النظام العام، فإن إثارة البطلان لا يقتصر على الطرف المتضرر من الشرط فقط، بل يجوز للمحكمة أيضا إثارته من تلقاء نفسها.

ولهذا، يمكن القول بأن إمكانية الإثارة التلقائية لجزاء البطلان استنادا لمبدأ النظام العام، تعد أهم صور السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي باعتبارها آلية ردعية للتصدي للشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المهني والمستهلك، وهي

---

[٣٣]- تنص المادة ٢٠ من ق ٣١.٠٨ "تعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام".

[٣٤]- عبد القادر العرعاري، "نظرية العقد"،(الرباط: مطبعة الأمنية ، ط ٣، 2013)، ص ٢٢٠.

آلية مهمة تخدم مصالح المستهلك الذي لم ينتبه لوجود الشروط التعسفية بالعقد أو يجهل بكونه كذلك[٣٥].

إذن، يترتب على توافر الصفة التعسفية للشرط، وجوب تصريح القاضي بأن هذا الشرط كأن لم يكن مع إبقاء العقد قائما منتجا لأثره، على اعتبار أن هذا الأمر يدخل في صميم الصلاحيات الحصرية للقاضي باعتباره هو المختص الأول والأخير بتكييف الشرط المتنازع عليه بكونه تعسفيا وتقرير الجزاء المناسب له.

وهكذا يتضح أن الاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي يمثل تقدما هاما في مجال حماية المستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية[٣٦]،وذلك عن طريق استبعاد الأثر الضار للشرط التعسفي دون المساس بالعقد، وهو ما يتماشى ومصلحة المستهلك الذي يرغب في الاستفادة من السلعة أو الخدمة التي تعاقد بشأنها مع المهني؛ وعليه فإننا نرى بأن حكم القضاء ببطلان وإلغاء الشرط التعسفي وحده مع بقاء العقد مستمرا منتجا لآثاره[٣٧] يعد وسيلة فعالة لحماية المستهلك، على اعتبار أن بطلان العقد بكامله يؤدي إلى انتفاء الغاية من وجود نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

---

[٣٥]- بسبب انتشار الأمية وضعف المعرفة القانونية في وسط شريحة المستهلكين المغاربة، حيث نجد أغلبية المستهلكين يجهلون وجود قانون يحميهم من الشروط التعسفية، بل إن جل المستهلكين يعتقدون أن كل الشروط المطبوعة في العقود التي تجمعهم بالمهنيين صحيحة، وأنهم ملزمون بها بمجرد التوقيع على العقد كما لو كان العقد صحيحا.

[٣٦]- أحمد محمد الرفاعي، *"الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي"*، دار النهضة العربية .1994)، ص ٢٥٧.

[٣٧]- وهو ما يعرف بنظرية انتقاص العقد التي تفيد تفادي البطلان الكلي للعقد قدر الإمكان من خلال تخليصه من الجزء الباطل والإبقا الجزء الصحيح حتى يرتب أثره القانوني المراد منه، طبقا للفصل ٣٠٨ ق ل ع.

I.ب. ٢ الفرع الثاني:

إمكانية الحكم ببطلان العقد الاستهلاكي المتضمن للشروط التعسفية .

إذا كان البطلان الجزئي للعقد يؤدي دورا أساسيا في الحياة التعاقدية، ويعتبر صورة للنظام العام الحمائي و يهدف بالأساس إلى الحفاظ على الأمن التعاقدي واستقرار المعاملات[٣٨]، وتحقيق الغرض الذي ارتضاه المتعاقدان من العقد، فإن هذا الغرض لا يتحقق إلا إذا كانت شروط العقد وعباراته مترابطة وبعضها يكمل البعض الآخر[٣٩].

غير أن هناك بعض الحالات التي لا يمكن معها للعقد أن يستمر دون الشرط التعسفي الملغى، وفي الحالة هاته يجب على القاضي الحكم ببطلان العقد كاملا تبعا لبطلان الشرط التعسفي المدرج فيه؛ إذا ما كان هذا الأخير شرطا جوهريا في العقد أي هو الدافع إلى التعاقد من طرف المستهلك بحيث لولاه لما أقدم هذا الأخير إلى ابرام العقد مع المهني.

وعلى القاضي لكي يتوصل إلى مدى كون الشرط جوهريا بالنسبة لأحد الطرفين أن يقوم بتفسير العقد، فإذا تبين له أهمية الشرط الباطل لأحد المتعاقدين فإن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد برمته، كما يجب على القاضي أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت إلى تقدير أهمية الشرط التعسفي الباطل، وبالتالي تأثير بطلانه على العقد؛ ومسألة اعتبار الشرط دافعا للتعاقد من عدمه، يقدرها قاضي

---

[٣٨]- سكينة الفقير، "النظام العام العقدي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية ٢٠١٣-٢٠١٤، ص: ١٢٠.

[٣٩]- خديجة مريد،" حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء قانون ٣١.٠٨"، (رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق بالمحمدية، السنة الجامعية ٢٠١٣-٢٠١٤،) ص ١٢٨.

الموضوع وفق ظروف كل قضية على حدة، مستندا في ذلك إلى الوقائع والظروف التي كانت محيطة بالتعاقد[٤٠].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن سلطة القاضي في هذا الشأن تعتبر من متعلقات النظام العام، وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما جعل الأمر كذلك، علاوة على منحه للقضاء سلطة فرض الغرامات التهديدية على المهني.

بيد أننا نرى من وجهة نظرنا وتماشيا مع ما قلناه، أن سلطة القاضي في الحكم ببطلان العقد الاستهلاكي في حالة تضمنه لشروط تعسفية يجب أن تكون في حدود ضيقة، بخلاف حالة الحكم ببطلان الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره وذلك للاعتبارات التي سبقت الإشارة إليها.

وفي هذا الصدد أيضا، يرى الأستاذ عبد القادر العرعاري[٤١] أن مسألة اقتصار البطلان على الشرط التعسفي دون العقد الذي يرتبط به تنسجم مع المبادئ القانونية العامة التي تقضي بأن إعمال الكلام خير من إهماله وأن الضرر يزال.

هذا، ونشير إلى أنه متى تم فسخ العقد الاستهلاكي أو إبطاله بسبب المورد، فإن للمستهلك حق المطالبة باسترجاع أقساط التسبيق المدفوعة من طرفه، وكل شرط ينص على خلاف ذلك يمكن أن يعتبره القاضي بناء على سلطته التقديرية شرطا تعسفيا ويقضي بإبطاله، وهو ما ذهبت المحكمة التجارية بمراكش في حكم[٤٢] صادر عنها بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩ .

---

[٤٠]- ياسين المفقود، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية على ضوء ق ٣١.٠٨"، (رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقاولة التجارية، كلية الحقوق بسطات، السنة الجامعية ٢٠١١-٢٠١٢) ص: ٧٩.

[٤١]- عبد القادر العرعاري، مصدر سبق ذكره، ص: ٢٢٠.

[٤٢]- حكم المحكمة التجارية بمراكش ، صادر بتاريخ ٢٠١٣ /٠٧/٢٩، في ملف رقم ٢٠١٢/٤/٣١٣٣، الذي جاء فيه " وحيث إنه بخصوص طلب استرجاع ما تم دفعه كتسبيق لثمن البيع فإن المدعى عليها فرعيا تتمسك

II.المبحث الثاني

حدود سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

بعدما تطرقنا في المبحث الأول إلى الضوابط القانونية التي يسترشد بها القاضي عند تقديره للشروط التعسفية، فإننا نتساءل في هذا المبحث عن حدود سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك؟

نشير بداية إلى أن الاختلال بين السلعة أو الخدمة الموعود بها وثمنها غير مشمول بنظرية الشروط التعسفية، في حين يجب الاحتفاظ بهذه النظرية في الحالة التي تكون فيها الشروط المتعلقة بمحل نفس العقد أو ثمنه مكتوبة بطريقة غير واضحة و غير مفهومة؛ لكن بصرف النظر عن هذا التحفظ فإن نظرية الشروط التعسفية لا تهدف إلى تصحيح الاختلال بين الأداءات المتبادلة[٤٣].

وهكذا، فإن المادة ١٧ من ق ٣١.٠٨ التي تنص على أنه "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة ١٦ تحديد المحل الأساسي

بالشرط الوارد بالعقد الإضافي والذي ينص على أن التسبيق لا يسترجع إلا بعد بيع الفيلا و قبض الثمن من مشتري جديد لكن هذا الشرط يتعارض ومقتضيات الفصل ١٢١ ق ل ع الذي ينص على أن" الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الإلتزام و إنما يلزم الدائن برد ما أخذه إذا ما تحقق الأمر المنصوص عليه في الشرط..."، كما أنه شرط تعسفي طبقا للمادة ١٥ من القانون ٣١.٠٨ المتعلق بتدابير حماية المستهلك والذي يعتبر كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك شرطا تعسفيا، وفي نازلة الحال فإن هذا الشرط من شأنه أن يرتب اختلالا كبيرا بين حقوق ووجبات طرفي العقد لأنه لا يعقل أن يسترجع البائع الشيء المبيع حالا و ينتظر المشتري، الذي يعتبر مستهلكا بمفهوم المادة ٢ من القانون المذكور، استرجاع الثمن إلى أجل لا يعرف له حد، لذلك وتطبيقا للمادة ١٩ من قانون ٣١.٠٨ فإن هذا الشرط يعتبر باطلا و لاغيا، وعليه ومادام العقد الرابط بين الطرفين قد انفسخ فيتعين الحكم على المدعى عليها فرعيا بإرجاع ما تلقته من مبالغ مالية كجزء من ثمن البيع". (غير منشور).

(43) Ch.Biquet- MATHIEU, "les contrats du consommateur", rapport de droit belge , présenté par association Henri CAPITANT, 24au 28 septembre 2007, p 17 .

من العقد ولا ملائمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة". استبعدت من مجال تقدير القضاء للطابع التعسفي حسب مدلول المادة ١٦ الشروط المحررة في العقد بصورة واضحة ومفهومة، سواء تعلق الأمر بتحديد محل العقد (المطلب الأول) أو ما يقابله من سعر ملائم له (المطلب الثاني).

II.أ. المطلب الأول

الشروط المتعلقة بتحديد محل العقد: صلاحية أولى تخرج عن سلطة القاضي التقديرية

لعل السبب الرئيسي ـ في نظرنا ـ وراء تنصيص المشرع في المادة ١٧ من القانون رقم ٣١.٠٨ على أن الشروط المتعلقة بتحديد المحل الأساسي من العقد، تبقى خارج نطاق السلطة التقديرية للقاضي عند تقديره لمدى تعسفية الشروط المدرجة في العقد، هو كون هذا النوع من الشروط يرتبط بركن من أركان العقد أي بما يحقق وجوده من عدمه، وليس بالاختلال في التوازن بين حقوق وواجبات طرفي العقد الاستهلاكي كما تنص على ذلك المادة ١٥ من القانون رقم ٣١.٠٨ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها الى انه " لكن حيث أن تقدير الطابع التعسفي للبنود، بالمعنى المقصود في المادة1-132 .L ، والتي أصبحت هي المادة 1-212 .L من قانون الاستهلاك ، لا يتعلق بالبنود المتعلقة بالغرض الأساسي للعقد ، عندما يتم صياغتها بطريقة واضحة ومفهومة، والقرار يشير من جهة إلى الشرط المتنازع عليه، والذي ينص على **تحويل الحصة الشهرية من القرض إلى الفرنك السويسري بعد دفع تكاليف القرض الملحقة، وهذا الشرط هو الهدف الرئيسي من العقد**، ومن جهة أخرى، أن هذا الشرط وارد في العرض

الأولي وينص على أن القرض بالفرنك السويسري، ويتم تحويل كل دفعة في تاريخ الاستحقاق باليورو وفقا لسعر الصرف القابل للارتفاع والانخفاض، مما قد يؤدي إلى تمديد أو تخفيض مدة القرض إذا لزم الأمر وتغيير الكلفة الإجمالية للقرض. وبذلك يكون البند المتنازع عليه واضحا و مفهوما . و محكمة الاستئناف لم تكن ملزمة بإجراء بحث أو الإجابة على استنتاجات خلصت أنها غير فعالة، ويكون قرارها بذلك معللا وصائبا؛[٤٤]

كما ذهبت في قرار أخر إلى أنه " حيث أن السيدة ... X مستمرة في الطعن في الحكم. إذن ، وفقا للوسيلة المشار إليها في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر شروطا تعسفية تلك التي يكون هدفها أو يترتب عنها اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب غير المهني أو المستهلك؛ فبند عقد التأمين الجماعي الذي يدعمه الرهن العقاري، فيما يتعلق بمخاطر العجز الكلي المؤقت، يخضع لتنفيذ وصيانة ضمان المؤمن له الذي لا يستطيع القيام بأي نشاط، سواء أكان محترفًا أم لا، وهو تعريف يقيد من مخاطر العجز الكلي المؤقت، مما يجعل الضمان الذي يشكل النظير للأقساط و / أو منح المؤمن حرية التصرف في منح الضمان أو رفضه وفقا للمحتوى الذي يمنحه لمفهوم "أي نشاط غير مهني" ؛ فبإثبات صحة هذا الشرط ، فإن محكمة الاستئناف تنتهك المادة L. 132-1 من قانون الاستهلاك ؛

ولكن إذا كانت المادة ١ ١٣٢-١ من قانون المستهلك، في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر البنود التي يكون هدفها أو يترتب عليها وجود اختلال كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد، على حساب غير المهني أو

(44) Cour de cassation, N° de pourvoi: 17-13593 , chambre civile 1 . Audience publique du 3 mai 2018, Publié au bulletin, ECLI:FR:CCASS:2018:C100448

المستهلك فإنه وفقا للفقرة ٧ من نفس المادة، لا يتعلق بتقييم مدى تعسفية البنود في معنى الفقرة الأولى بتعريف الهدف الرئيسي للعقد أو كفاية السعر أو المكافأة للسلع المبيعة أو الخدمة المقدمة بشرط أن تكون البنود مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة؛ ففي هذه الحالة، ينص البند المتعلق بضمان عدم القدرة المؤقتة الكلية على العمل، على أن المؤمن عليه يستفيد من هذا الضمان عندما يكون ، نتيجة لحادث أو مرض عاجز ، معترف به طبيا ، للقيام بأي نشاط ، مهني أو غير ذلك ، حتى ولو بدوام جزئي؛ **إن هذا البند ، الذي تمت صياغته بطريقة واضحة ومفهومة ، يحدد الهدف الرئيسي للعقد** ؛ ويترتب على ذلك ، بموجب الفقرة السابعة من النص المذكور أعلاه ، أن الدعوى غير فعالة ؛ [٤٥]

وهذا يفضي بنا إلى القول أنه، كلما ثار نزاع حول شروط تتعلق بتحديد المحل الأساسي من العقد، يجد القاضي نفسه أمام أمرين:

ـ الحالة الأولى : إذا كان محل العقد محددا في العقد أو قابلا للتحديد فإن العقد يكون صحيحا، وبالتالي يمكن للقاضي الاستعانة به للتأكد من خلو العقد من الشروط التعسفية؛

ـ الحالة الثانية : إذا كانت المنازعة تدور حول انعدام محل العقد أي عدم وجوده أصلا فإن العقد يكون باطلا نظرا لتخلف ركن من أركانه، في هذه الحالة الأخيرة لا داعي لاستعمال القاضي سلطته في تقدير الشروط المتعلقة بتحديد المحل الأساسي من العقد ولا باقي الشروط الأخرى ما دام أن العقد لم ينعقد أصلا.

(45) Cour de cassation ، N° de pourvoi: 12-20931 ,chambre civile 1 ،Audience publique du 10 septembre 2014, Non publié au bulletin, ECLI:FR:CCASS:2014:C101033

هنا حري بنا أن نتساءل، أليس من الأجدر منح القاضي سلطة تقديرية للتصدي للشروط المتعلقة بمحل العقد أي بإحدى السلع أو الخدمات الضرورية عندما يتضح أن المهني أو المورد استعمل شروطا تعسفية من شأنها أن تحدث اختلالا كبيرا بين حقوقه والتزاماته مع المستهلك على حساب هذا الأخير.؟

II.ب. المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بملاءمة السعر مع السلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة، صلاحية ثانية تخرج عن سلطة القاضي التقديرية.

بالرجوع الى المرسوم التطبيقي رقم ٢.١٢.٥٠٣ الصادر في ٤ ذي القعدة ١٤٣٤ موافق ١١ دجنبر ٢٠١٣ بتطبيق بعض أحكام القانون رقم ٣١.٠٨ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. نجده يوضح المقصود بسعر البيع، حيث نص في المادة الأولى منه على أنه يقصد " بسعر البيع: السعر النهائي لوحدة من السلعة أو المنتوج أو لكمية معينة من السلعة أو المنتوج وفقا للمادة ٥ من القانون رقم ٣١.٠٨ المذكور أعلاه، يعني أنه يشمل الضريبة على القيمة المضافة وكل الرسوم التابعة". وفي علاقة بمدى ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة نص المرسوم في العديد من المواد على ضرورة كتابة السعر بشكل واضح ومقروء، دون غموض أو لبس. وهكذا نصت المادة ٨ ، من المرسوم المذكور، في الفقرة الثانية على أنه " يجب أن يشار إلى السعر على السلعة أو المنتوج ذاته أو بمحاذاته، بحيث لا يكون لا يكون هناك أدنى شك بالنسبة للسلعة أو المنتوج الذي يشير إليه السعر المذكور، بحيث أن يكون مكتوبا بشكل واضح ومقروء سواء من خارج أو داخل المحل حسب المكان الذي تعرض فيه السلع أو المنتوجات"

أما في الحالة التي لا يقوم فيها المورد بتسليم السلع أو المنتوجات التي لا يحملها المستهلك معه عادة، يجب أن توضح كل معلومة تتعلق بسعر هذه السلع أو المنتوجات أن سعر البيع لا يشمل مصاريف التسليم"[٤٦]

وعلاوة على ذلك تنص المادة ١٢ من المرسوم أعلاه، على أنه" فيما يخص السلع أو المنتوجات المغلفة يجب أن تشير اللصيقة المتعلقة بالسعر إلى الكمية متبوعة بمبلغ السعر الموافق لتلك الكمية وسعر الوحدة المتعلق بالسلعة أو المنتوج.

يجب تحرير حروف اللصيقة المتعلقة بالسعر بشكل مقروء وواضح لاسيما باستعمال أسلوب طباعة وعناصر تباين مناسبة".

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا كان السعر المكتوب على رفوف السلع يخالف الثمن المطلوب أداؤه في الصندوق فإن المستهلك يكون من حقه التمسك بالثمن الأقل، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٠ من المرسوم التطبيقي للقانون رقم ٣١.٠٨ التي جاء فيها أنه " في حالة وجود فرق بين السعر المشار إليه على الرفوف والسعر المطالب بدفعه المستهلك عند صندوق الأداء، فإن السعر المطبق هو السعر الاكثر فائدة للمستهلك"

انطلاقا مما سبق، يمكن القول بأنه إذا كان الثمن المقابل للسلعة أو الخدمة محل العقد محدد في العقد بطريقة واضحة ومفهومة من غير لبس أو غموض، وجب على القاضي طبقا لمقتضيات المادة ١٧، الامتناع عن تطبيق أحكام الشروط التعسفية سواء المتعلقة بتقدير الطابع التعسفي أو بتوقيع الجزاء المقرر لها، بل يجب عليه الاحتفاظ بتلك الشروط، باعتبارها دليلا على الإرادة الحقيقية و المشتركة للمستهلك والمهني، بخلاف لو كانت تلك الشروط مكتوبة بشكل غير واضح أي

[٤٦] الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من المرسوم التطبيقي

عندما تكون عبارات العقد غامضة وتحمل في طياتها أكثر من معنى ، هنا يسترجع القاضي سلطته التقديرية التي سلبت منه قانونا بموجب احكام المادة ١٧، بدليل نص المادة التي تنص على أنه" لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة ١٦ تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملائمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة **مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة "**

وتجدر الإشارة أيضا إلى أنه إذا كانت الشروط المتعلقة بمحل العقد أو بالثمن غير واضحة أو غير مفهومة فإنه يجب على القاضي التدخل لتفسيرها لصالح المستهلك، استنادا الى نص المادة ٩ من نفس القانون التي جاء فيها أنه" فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة. وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط، يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك".

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه[٤٧] أن مرد هذا الاستبعاد هو رغبة المشرع في عدم فتح الباب أمام المنازعة في الثمن المتفق عليه، على أساس أنه لا يتلاءم مع السلعة أو الخدمة المقدمة مادام أن البائع يسعى دائما للربح، وأن سماح المشرع للقاضي باستعمال سلطته في هذا المجال يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات من جهة، وإلى المساس بالقواعد المتعلقة بالغبن الذي لا يأخذ به القانون المغربي إلا في بعض الحالات الخاصة وليس بشكل عام، من جهة أخرى ، على اعتبار أن مهمة القانون ليست هي العمل على إقامة التوازن بين الأداءات، بل فقط إيجاد نوع من المساواة بين المتعاقدين في كافة الإرادات.

[٤٧]- أبو بكر مهم،" حماية المستهلك من الشروط التعسفية..."، مصدر سبق ذكره، ص: ١٤٨.

في هذا الاتجاه أيضا يرى جانب آخر من الفقه[٤٨]، أنه مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة، فإنه ليس من مهام القاضي ملاءمة السعر بالسلعة ولا الأجرة بالخدمة المقدمة لانعدام المسوغ القانوني للتدخل في هذه الحالة، وحتى لا يضر تدخله المتزايد باستقرار المعاملات، وفي هذه الحالة لا يسع القضاء المغربي التدخل لحماية المستهلك المتضرر من جراء التباين الفاحش بين السعر مع السلعة أو الأجرة مع الخدمة إلا من خلال الاستعانة بقواعد الغبن الواردة ذكرها في ظهير الالتزامات والعقود (الفصلان ٥٥ و٥٦) إذا توافرت شروطها.

غير أننا نعتقد خلافا لهذين الرأيين بأن المشرع المغربي كان مقصرا في هذه النقطة، ولم يكن موفقا حين استثنى من سلطة القاضي تقدير الطابع التعسفي الشروط المتعلقة بملاءمة السعر مع السلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة، في العقود الاستهلاكية التي تتميز عن غيرها من العقود بكونها من عقود الإذعان، فلو كان الأمر يتعلق بعقود بين مهنيين مع بعضهم البعض لكان من المنطق القول بأن القاضي ليس من حقه التدخل لتقدير الشروط التعسفية كلما تعلق الأمر بالثمن المقابل للسلعة أو الخدمة حماية لاستقرار المعاملات. أما ونحن بصدد عقود استهلاكية تفتقد للتوازن منذ نشأتها، وتطغى عليها الهيمنة لصالح المهني على حساب المستهلك، فهذا يدفعنا للتساؤل عن ما معنى الاختلال الكبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك كما نصت عليه المادة ١٥ من ق ح م إذا لم يكن هذا الاختلال يمس أيضا الجانب المالي أي ثمن السلعة المبيعة أو الخدمة المقدمة ؟

فالمهني طرف ذو مركز اقتصادي قوي في العلاقة التعاقدية، بحيث يحتكر فعليا السلعة محل العقد ويحدد الثمن الذي يرغب فيه دون مراعاة ظروف المستهلك

---

[٤٨]- عبد الكريم عباد "دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية" مداخلة ألقاها بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون العمال بكلية الحقوق بسطات، يوم ١٤ مارس ٢٠١٣، حول "حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه.

طالب السلعة أو الخدمة أو ملاءمة السعر لها ، خاصة في ظل غياب منافسة شريفة في الكثير من الأسواق المعنية. هذا الأمر يجعل المهني في مركز قوة اقتصادية وفنية يمكنه من فرض شروطه في العقد الإستهلاكي بكل ثقة، وهو يعلم يقينا أن المستهلك في حاجة ماسة إلى سلعته أو خدمته محل العقد، ولا يمكنه الإستغناء عنها ولا مناص للرجوع إليه خاصة إذا كانت السلعة ليس لها بديلا في السوق ، مثلا في عقود الإشتراك في الماء والكهرباء، فإن محل العقد هنا من الضروريات التي يحتاجها المستهلك في حياته اليومية، وبسبب الضرورة الملحة لهذه المادة الحيوية يجد نفسه في موقع ضعف ولا يجد سبيلا للإستفادة من خدمة الماء إلا بالرضوخ لشروط الشركة المفوض لها توزيع الماء والكهرباء بالثمن التي تفرضه الشركة دون مساومة أو قابلية للتعديل.

وأمام هذا الوضع، ندعو القضاء المغربي بأن يتمسك بتطبيق نظرية الغبن الاستغلالي طبقا للمادة ٥٩ من ق ٣١.٠٨ التي تنص على أنه "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة". على غرار الأحكام المنصوص عليها في الفصل ٨٧٨ من قانون الالتزمات والعقود المغربي، والمادة ١٨٤ من قانون ٣١.٠٨ ؛ على اعتبار أن من شأن التوظيف الجيد لمقتضيات هذه المواد من طرف القضاء المغربي أن يوفر حماية قضائية إضافية وفعالة للمستهلك من تعسف المهني بخصوص عدم ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ولو وردت الشروط المتعلقة بالسعر واضحة في العقد؛ خصوصا مع كثرة أساليب الاحتكار التي يلجأ إليها المهنيين، وضعف قانون المنافسة عن توفير الحماية المنشودة للمستهلكين.

و يمكن للقاضي أن يتوصل إلى اختلال التوازن بين قيمة المبيع والثمن من خلال بعض المعطيات مثلا؛ ثمن المثل في السوق والظروف التي تم فيها الشراء، ويبقى للمستهلك المغبون أن يثبت هذا التعسف و الإختلال، وبهذه الطريقة يمكن للقاضي أن يتدخل بشكل إيجابي من أجل إنقاص الثمن إلى الحد المعقول مع الإبقاء على العقد الإستهلاكي بشكل يعيد لهذا الأخير توازنه الإقتصادي.

الخاتمـــــــــة:

انطلاقا مما سبق يتضح جليا أن المشرع وسع من سلطة القاضي التقديرية بخصوص التصدي للشروط التعسفية المدرجة في العقود الإستهلاكية المتنازع عليها، وتعد هذه السلطة التقديرية المخولة للقاضي مدخلا أساسيا للحفاظ على استمرار العقد الاستهلاكي والحد من النزاعات الناشئة عنه في شقها المتعلق بالشروط التعسفية، وحماية المستهلك وإعادة التوازن المفقود، شريطة استعمالها من طرف القاضي وفق الضوابط القانونية والحدود المقررة من طرف المشرع مراعاة للحفاظ على استقرار المعاملات من جهة، وتحقيق العدالة التعاقدية من جهة ثانية. ولن يتحقق ذلك إلا إذا احترم الضوابط القانونية المؤطرة لهذه السلطة ، سواء بمناسبة تقديره للشروط التعسفية في النازلة المعروضة عليه أو بمناسبة توقيعه للجزاء.

كما أن اعتراف المشرع للقاضي بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط تمهيدا لتوقيع الجزاء المناسب خطوة مهمة في سبيل حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وإعادة التوازن العقدي واستقرار المعاملات الاستهلاكية. وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما جعل سلطة القاضي بخصوص الشروط التعسفية من النظام العام، الأمر الذي يسمح للقاضي بالتدخل تلقائيا لبطلانها.

غير أنه رغم أهمية هذه السلطة المخولة للقاضي للتصدي للشروط التعسفية وفقا للقانون رقم ٣١.٠٨، تتقلص بفعل مجموعة من الإشكالات القانونية والواقعية التي تحد منها، حيث يبقى تدخل القضاء في نزاعات الاستهلاك تدخلا محدودا ومحكوما بالقواعد القانونية التي تقيد دوره في تحقيق العدالة التعاقدية، خاصة عندما يتعلق الأمر بملاءمة السعر للشيء المبيع أو للخدمة المقدمة، حيث يجد القاضي نفسه مكبلا بقيود المادة ١٧، وهذا لا يساير خصوصيات نزاعات الاستهلاك التي تستدعي منح القضاء سلطة تقديرية واسعة تمكنه من القيام بدور إيجابي في تدبير نزاعات الاستهلاك والتصدي للشروط التعسفية.

التوصيات

انطلاقا مما توصلنا إليه من نتائج، وما وقفنا عليه من إشكالات قانونية و واقعية التي يثيرها موضوع الدراسة، فإننا نقترح بعض الحلول و نساهم ببعض التوصيات التي من شأنها أن تساهم بشكل إيجابي في تجاوز الاشكالات المثارة، وبالتالي الزيادة من فعالية السلطة التقديرية للقضاء في نزعات الاستهلاك؛ وذلك على النحو التالي:

١- ندعو إلى ضرورة تدخل المشرع المغربي لتمتيع القضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي حتى بالنسبة للشروط المتعلقة بملاءمة السعر مع السلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة، مراعاة لخصوصية العقود الاستهلاكية، وذلك بتعديل المادة ١٧ التي تحد من السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال.

٢ - أمام هذا الوضع - القصور التشريعي - ندعو القضاء المغربي أن يتمسك بتطبيق نظرية الغبن الاستهلاكي طبقا للمادة ٥٩ من ق ٣١.٠٨، وإن كانت

مقتضيات الشروط التعسفية تحقق حماية أكبر للمستهلك من تلك المتعلقة بالغبن الإستغلالي.

المصادر

اولا: الكتب القانونية

١ ـ محمد شتا أبو سعد، *"التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية"*، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، ، دون ذكر الطبعة ولا السنة.

٢ ـ عبد الحميد أخريف، *"الدليل القانوني للمستهلك ـ عقود الاستهلاك "ـ* ، دون ذكر مكان الطبع، مطبعة أميمة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦.

٣ ـ عبد القادر العرعاري، *"نظرية العقد"*، الرباط: مطبعة الأمنية ، الطبعة ٣، السنة 2013 .

٤ ـ أحمد محمد الرفاعي، *"الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي"*، دار النهضة العربية، 1994 .

ثانيا : المجلات العلمية

١ ـ حسن الوزاني التهامي، "دور القضاء التجاري في حماية المستهلك"، *مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد*، عدد ٨، (٢٠٠٩).

٢ ـ د . أحمد كويسي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الائتمان"، *المجلة المغربية للقانون الاقتصادي* العدد٢، (٢٠٠٩).

٣ ـ د. أبو بكر مهم، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية "، *مجلة القضاء والقانون*، العدد ١٦١ (٢٠١٢).

٥ ـ رباحي أحمد ، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، *مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا* ، عدد ٥ ، دون ذكر السنة.

ثالثا: الرسائل و الاطاريح

١ ـ عبد المهيمن حمزة، النظام القانوني للقروض البنكية العقارية المخصصة للسكن، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، سنة ٢٠١٢/٢٠١٣.

٢ ـ سكينة الفقير، "النظام العام العقدي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق بمراكش، السنة الجامعية ٢٠١٣-٢٠١٤.

٣ ـ خديجة مريد،" حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ضوء قانون ٣١.٠٨"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق بالمحمدية، السنة الجامعية ٢٠١٤-٢٠١٣.

٤ ـ ياسين المفقود، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية على ضوء ق ٣١.٠٨"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون المقاولة التجارية، كلية الحقوق بسطات، السنة الجامعية ٢٠١١-٢٠١٢.

رابعا: الندوات

١ ـ عبد الكريم عباد، "دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، مداخلة ألقاها بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من قبل مختبر قانون العمال

بكلية الحقوق بسطات، يوم ١٤ مارس ٢٠١٣، حول "حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه.

خامسا: المواقع الالكترونية

1 - https://www.courdecassation.fr

2 - uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_cons/motif_contrat_cons.pdf.

3 - : https://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do

سادسا: المصادر الاجنبية

1 - Mohamed LACHACHI, "l'équilibre du contrat de consommation- étude comparative"-, mémoire pour l'obtention du diplôme de master, université D'OHRAN, année universitaire 2012-2013.

2 - Alexandre schiff, "les pouvoirs du juge de consommation", mémoire d'obtenir diplôme master en consommation- concurrence, université Montpellier 1, année universitaire 2013-2014 .

٣- Ch.Biquet- MATHIEU, "les contrats du consommateur", rapport de droit belge , présenté par association Henri CAPITANT, 24au 28 septembre 2007.

4 - Nathalie douche-doyette, "la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de la consommation", thèses pour obtenir doctorat, université do lorraine 2012/2013.

٥- Benoit MOORE, "a la recherche d'une régle général régissant les clauses abusives en droit québécois" ,l'article de la revue juridique thémis/volume 28, n'1 , éditions thémis inc.

سابعا: القوانين و المراسيم التطبيقية

١ ـ ظهير شريف رقم ١.١١.٠٣ صادر في ١٤ من ربيع الأول ١٤٣٢ (١٨ فبراير ٢٠١١)، بتنفيذ القانون رقم الجريدة الرسمية عدد ٥٩٣١ ـ (٧ أبريل ٢٠١١)، ص ١٠٧٢.

٢ـ ظهير شريف صادر في ٩ رمضان ١٣٣١ (١٢ أغسطس ١٩١٣) بشأن قانون الالتزمات والعقود.

٣ ـ مرسوم رقم ٢.١٢.٥٠٣ صادر في ٤ ذي القعدة ١٤٣٤ (١١ سبتمبر ٢٠١٣) بتطبيق بعض أحكام القانون رقم ٣١.٠٨ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد ٦١٩٢ ـ ٢٦ ذو القعدة ١٤٣٤ (٣ أكتوبر ٢٠١٣).

ثامنا: الأحكام و القرارات القضائية المغربية و الأجنبية

١- قرار محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم ٢٠١٣/٥٧٢٦، ملف رقم ٨/٢٠١٣/١٢٦٣، صادر بتاريخ ٢٠١٣/٢٤،١٢.(غير منشور).

٢ - حكم المحكمة التجارية بمراكش، ملف رقم ٢٠١٢/٤/٣١٣٣، صادر بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩. (غير منشور).

٣ - حكم المحكمة التجارية بفاس، رقم ١٦٧٨، ملف ٢٠١٤/٥/٢٤٥، بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١، (غير منشور).

٤- حكم المحكمة التجارية بمراكش ، صادر بتاريخ ٢٠١٣/٠٧/٢٩ ، في ملف رقم ٢٠١٢/٤/٣١٣٣، (غير منشور).

5- Cour d’ppel de paris pole 2 , chambre 2 , arrêt du 12/2/2016, n : 12/12401

6 - Cour de cassation, N° de pourvoi: 17-13593 , chambre civile 1 . Audience publique du 3 mai 2018, Publié au bulletin, ECLI:FR:CCASS:2018:C100448

7 - Cour de cassation ، N° de pourvoi: 12-20931 ,chambre civile 1 ،Audience publique du 10 septembre 2014, Non publié au bulletin, ECLI:FR:CCASS:2014:C101033